



Roj: **STSJ AND 2362/2003 - ECLI:ES:TSJAND:2003:2362**

Id Cendoj: **41091340012003101934**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **13/02/2003**

Nº de Recurso: **3948/2002**

Nº de Resolución: **582/2003**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALFONSO MARTINEZ ESCRIBANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso.- 3.948/02(AJ), sent.582/03

RECURSO NUM. 3.948/02 AJ

ILTMOS. SRES.:

DON SANTIAGO ROMERO DE BUSTILLO, PRESIDENTE DE LA SALA

DON ALFONSO MARTÍNEZ ESCRIBANO

DON BENITO RECUERO SALDAÑA

En Sevilla, a 13 de Febrero de 2.003

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 582/03

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Agustín , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de los de Sevilla en sus autos núm. 497/02; ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Don ALFONSO MARTÍNEZ ESCRIBANO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda, por despido , contra D. Agustín se celebró el juicio y se dictó sentencia el 27 de agosto de 2.002 por el referido Juzgado, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

Primero.- D. Serafin comenzó a prestar sus servicios profesionales para D. Agustín en el mes de diciembre de 2001, ostentando una categoría de mozo de espadas.

Segundo.- D. Agustín es un matador de toros bravos, conocido artísticamente como Humberto , estando incluido dentro del grupo A según lo dispuesto en el Convenio Colectivo Nacional Taurino. En dicha norma se establece una retribución mínima en la actual temporada taurina y para los mozos de espada de los matadores pertenecientes a dicho grupo de 449,57 euros por actuación, sea cual sea la categoría de la plaza.

Tercero.- En 6/6/02 y durante una reunión que se celebró en el domicilio del matador, se comunicó al actor que a partir de ese momento cesaría en sus funciones profesionales.

Cuarto.- Disconforme con esta decisión, D. Serafin , presentó papeleta de conciliación el 25/6/02, habiéndose celebrado el preceptivo acto el 11/7/02 con el resultado que consta al folio 5 de las actuaciones.



El 15/07/02, presentó demanda ante el Juzgado dando origen a las presentes actuaciones.

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No hay defecto en la presentación del escrito de formalización al constar la ratificación de su presentación en el Juzgado de Guardia en el folio 163, por lo que debe examinarse el recurso interpuesto por la parte demandada, dando respuesta conjunta a las diversas censuras formuladas.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala 3593/97 analizaba los distintos vínculos que se pueden dar cuando se trata de actividad artística, siendo aplicables dichos criterios al caso, porque la STS de 4.6.99 - que declaraba la eficacia relativa del convenio colectivo del sector taurino de 1997 (BOE de 20.11.97) - razonaba que el sector profesional o de actividad de que se trata viene determinado por el establecimiento y desarrollo de relaciones laborales especiales, reguladas en el Real Decreto de 1 de agosto de 1985, núm. 1435/1985 (RDA en lo sucesivo), cuyo art. 1.3 menciona las actividades artísticas en plazas de toros y el 12 aludía a la aplicación de la Reglamentación para el Espectáculo Taurino hasta ser sustituida por convenio colectivo.

Pues bien, razonaba esta Sala que la actividad artística en espectáculos públicos puede desarrollarse en formas muy diversas que constituyan relaciones jurídicas distintas según sean, en lo que aquí interesa, de forma asociativa, independiente o dependiente, dando lugar a un contrato de sociedad o figura asociativa análoga, a uno de arrendamiento de obra o servicios - según el contenido de la prestación incluya sólo o fundamentalmente la ejecución de una obra o realización de un resultado, en el primer caso y, en el segundo, el desarrollo de la actividad personal del artista- o, finalmente, a un contrato de trabajo, cuando se trate de la misma prestación de servicios con vínculo de dependencia. Por otro lado, en la realización de la actividad, pueden aparecer, frente al artista, como contratante de éste, bien un organizador del espectáculo, bien un empresario artístico no organizador directo del espectáculo; en un caso serán artistas y organizador los vinculados por la relación laboral especial regulada por el RDA; en el otro, resulta problemático apreciar que la relación pueda ser la laboral especial indicada, ya que no se tratará en sentido estricto de relación establecida para la ejecución de actividades artísticas en espectáculos públicos (art. 1.º.2 y 3 RDA), pero es lo cierto que esta relación laboral incluye los tiempos dedicados a ensayos o grabación de actuaciones (arts. 1.º.3 y 8.º.1 RDA), de manera que abarca la ejecución de actividades artísticas en sentido amplio.

Una cuestión compleja es la relación entre el componente de un grupo artístico - cuadrilla, orquesta o similar - y los demás sujetos de la relación, esto es, el organizador del espectáculo público - empresario de la plaza de toros, en el caso - y el organizador y organizadores del grupo mismo - el matador de toros, en el caso - , porque en tal supuesto existe: a) Un grupo o pluralidad vinculado por relación laboral especial con el organizador del espectáculo, salvo que el grupo se configure con personalidad jurídica propia, contratando en forma civil con el empresario artístico, ya que la sociedad o persona jurídica no puede ser trabajador; b) Una relación entre cada componente del grupo y este mismo; en estos casos, es adecuado entender que a esta segunda relación pueden aplicarse también las distintas formas antes aludidas de sociedad, arrendamiento o relación laboral, pero ésta no podrá ser nunca la especial laboral del RDA, reservada a los artistas contratados individual o puramente para espectáculos públicos por el organizador de éstos, sino la laboral ordinaria. El debate ha de centrarse, por ello, en la forma de vinculación establecida entre los artistas y el grupo, atendiendo al contrato suscrito y al desarrollo de la relación acomodada al mismo, y debe entenderse como laboral ordinaria si existen las notas de ajenidad y dependencia en la prestación de servicios entre el miembro del grupo y el organizador de éste, así cuando se aprecian facultades directivas y organizativas que el organizador del grupo se reserva respecto al trabajo del actor y los frutos de éste le son ajenos, por cobrar del mismo una cantidad alzada por actuación, no una porción de lo que se percibiera del organizador del espectáculo y si, además, el organizador del grupo asume el pago de gastos consecuencia del trabajo. No se opone a ello el aporte por el actor de algún material propio, ni el dato accesorio de la afiliación a Seguridad Social.

TERCERO.- En el sector taurino se sigue esta lógica, en cuya virtud el art. 1 del convenio mencionado señala que "las normas del presente convenio serán de aplicación y afectarán:1. A los organizadores de espectáculos taurinos.2. A los Jefes de Cuadrilla.3. A los Picadores, Banderilleros, Toreros cómicos, Mozos de espada y Puntilleros y colaboradores.4. A los profesionales extranjeros que legalmente autorizados actúen en España y lleven parcial o totalmente su cuadrilla contratada en España, de profesionales españoles, con arreglo a las condiciones del convenio cuando actúen en el extranjero." Añadiendo expresamente que regula "las relaciones siguientes: a) La relación jurídico-laboral entre los organizadores de espectáculos taurinos y el Matador de toros, Novillero o Rejoneador, todos ellos «Jefe de Cuadrilla».b) La relación jurídico-laboral entre los Jefes de



Cuadrilla y los Toreros-Subalternos, auxiliares y colaboradores." El art. 9.3 señala, por su parte, que se incluye en el grupo de auxiliares a los Mozos de espada y Puntilleros".

Por otro lado, de forma singular los arts. 10.2 y 19 del convenio, a propósito de la fijeza o temporalidad del vínculo laboral y de la rescisión del contrato, establecen que los subalternos serán "fijos o libres" -según el grupo en que se clasifique su Jefe de Cuadrilla, por el número de actuaciones - y que " los Mozos de Espada serán de libre designación por tratarse de un cargo de confianza, y como tal podrá rescindirse la vinculación al arbitrio de las partes; sin embargo, la retribución mínima será la señalada en este convenio". El problema es si estas reglas convencionales -que existían ya en el art. 11.2 del convenio de 1983 (BOE 27.8.83) -pueden considerarse válidas cuando se trata de una relación laboral que antes se ha calificado como ordinaria, en cuyo ámbito no existe el desistimiento libre, a diferencia de los casos de alta dirección o del hogar familiar. Es más, ni siquiera en la relación laboral especial de artistas existe tal posibilidad, porque el régimen de los arts. 5 y 10 del RDA, sobre duración y extinción es otro, estableciendo lo siguiente:

Artículo 5. Duración y modalidades del contrato de trabajo.

Uno. El contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos podrá celebrarse para una duración indefinida o determinada. El contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel. Podrán acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de ley.

Dos. Los contratos de los trabajadores fijos de carácter discontinuo y las modalidades del contrato de trabajo se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 10. Extinción del contrato.

Uno. La extinción del contrato de duración determinada se producirá por el total cumplimiento del mismo, o por la expiración del tiempo convenido, o, en su caso, de la prórroga o prórrogas acordadas.

Dos. Cuando la duración del contrato, incluidas en su caso las prórrogas, sea superior a un año, el artista tendrá derecho a una indemnización cuya cuantía habrá de fijarse en convenio colectivo o pacto individual. En ausencia de tal acuerdo la indemnización será de siete días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores.

Tres. La extinción del contrato habrá de ser preanunciada al artista con diez días de antelación, si su duración ha sido superior a tres meses; con quince días si ha sido superior a seis meses, y con un mes si ha sido superior a un año. La falta de preaviso dará lugar al abono de los salarios correspondientes al número de días con los que debería haber sido preanunciada la extinción del contrato

Cinco. Las distintas modalidades de extinción del contrato de trabajo y sus efectos, en lo no previsto en este artículo, se regirán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- La sentencia parte de la obligación de contratar por temporada al Mozo de espada según el art. 12 del convenio, pero éste solamente se aplica a Subalternos de Matadores, no a Auxiliares, de acuerdo con la previsión expresa anterior del art. 10 del mismo. Una forma adecuada de salvar la validez de este art. 10 del convenio en cuanto a la libre contratación de los Mozos es la de entenderla como remisión a las distintas posibilidades del art. 5 del RDA, encajable en las reglas de los arts. 8 y 15 ET, en el sentido de que el contrato del Matador y el Mozo puede ser de duración indefinida o determinada y éste podrá ser - dentro de la modalidad de obra o servicio determinados - para una o varias actuaciones o por una o varias temporadas, aparte de las posibilidades generales de la eventualidad y la interinidad. Naturalmente el precepto es también válido en cuanto permite la dimisión resolutoria unilateral del Mozo, acomodada al art.49.1.d) ET . Pero lo difícilmente salvable del art. 10.2 del convenio es la libertad de rescisión al arbitrio de las partes entendida como facultad resolutoria unilateral sin causa decidida por el Matador, que no está prevista en el art. 49 ET ni en el art 10 del RDA y sólo sería válida en periodo de prueba, conforme al art. 14 ET.

La ilegalidad de tal precepto del convenio lo hace inaplicable, no pudiendo obviarse con ninguna de las interpretaciones apuntadas, al no constar que las partes pactaran la vinculación para unas o varias actuaciones o temporadas al término de las cuales se haya dado la finalización del plazo pactado. En el caso se ha de aplicar, por tanto, la presunción de indefinición o, a lo sumo, la de contratación para la temporada 2002, pero el cese fue antes de finalizar ésta, también equivalente a despido.

Ello acarrea la calificación del cese como despido improcedente, cuyos efectos serán los generales del art. 56 ET, mas la sentencia de instancia condenaba a readmitir con abono de los salarios de los festejos en que el Matador ha participado desde el despido o a indemnizar con la cifra correspondiente a los 60 festejos restantes de la temporada, nada de lo cual se acomoda a aquel precepto legal, por lo que procede únicamente estimar parcialmente el recurso.



Para determinar los efectos del despido el salario será el promedio de lo percibido ex convenio de 449,57 euros por corrida multiplicado por el total de actuaciones entre su inicio y el despido, que fueron 11, dado que así se alegaba en la demanda. Los servicios computables comienzan en diciembre de 2001 y, aunque no se concreta la fecha de éste, apareciendo la primera actuación en 30.12, se debe computar desde esta fecha. Resulta así un devengo total de 4945,27 euros en el periodo de 159 días de 30.12 a 6.6, con un promedio diario de 31,10 euros, determinando el tiempo de servicios una indemnización de 22,25 días de tal salario, esto es, 691,97 euros, siendo la cifra del salario diario para eventuales salarios de tramitación la de 31,10 euros.

Como la fecha de cese es el 6.6, al declararse la improcedencia del despido, como se insta en el recurso, se ha de aplicar al actor la reforma operada por Real Decreto-Ley 5/2002, publicado en BOE 25.5.2002 y en vigor desde el día siguiente, sin que Ley 45/2002 imponga otro régimen al mantener en su Disposición Transitoria 1ª - como el Decreto Ley anterior - que se aplicará el régimen vigente en la fecha de la extinción del contrato, por lo que se aplica el régimen impuesto por el art. 2.3 del D.Ley que modificó el art. 56 ET, limitando el devengo de salarios de tramitación para el caso de opción por la readmisión.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Agustín contra la sentencia dictada el 27 de agosto de 2002, por el Juzgado de lo Social num. 10 de los de Sevilla, recaída en autos num. 497/02 sobre Despido, promovidos por D. Serafin contra el recurrente, se condena al demandado a que en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la sentencia a la empresa condenada, opte - por escrito o comparecencia ante la Secretaría de esta Sala- entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con abono de una indemnización de 691,97 euros, advirtiendo que el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, que en el caso de readmisión el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2002, condenando a la empresa a su abono en la cifra diaria de 31,10 euros, en su caso, así como que en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que ratifica la opción efectuada en su día por la indemnización.

Devuélvase a la recurrente el deposito y consignación que constituyó para recurrir en lo que exceda de la condena, una vez esta sentencia sea firme.

Asimismo se advierte a la empresa demandada que, si recurre, al personarse en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, deberá presentar en su Secretaría resguardo acreditativo del depósito de trescientos euros con cincuenta y un céntimos en la cuenta corriente número 2.410, abierta a favor de dicha Sala, en el Banco Español de Crédito (BANESTO), Oficina 1006, sita en c/ Barquillo num 49 de Madrid.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.